

University of Groningen

De 'swart gegrimde koe'

van der Ven, F.A.J.

Published in:
Groninger Opmerkingen en Mededelingen

IMPORTANT NOTE: You are advised to consult the publisher's version (publisher's PDF) if you wish to cite from it. Please check the document version below.

Document Version
Final author's version (accepted by publisher, after peer review)

Publication date:
2007

[Link to publication in University of Groningen/UMCG research database](#)

Citation for published version (APA):
van der Ven, F. A. J. (2007). De 'swart gegrimde koe'. *Groninger Opmerkingen en Mededelingen*, XXIV, 51-72. <http://rjh.ub.rug.nl/grom>

Copyright

Other than for strictly personal use, it is not permitted to download or to forward/distribute the text or part of it without the consent of the author(s) and/or copyright holder(s), unless the work is under an open content license (like Creative Commons).

The publication may also be distributed here under the terms of Article 25fa of the Dutch Copyright Act, indicated by the "Taverne" license. More information can be found on the University of Groningen website: <https://www.rug.nl/library/open-access/self-archiving-pure/taverne-amendment>.

Take-down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

Downloaded from the University of Groningen/UMCG research database (Pure): <http://www.rug.nl/research/portal>. For technical reasons the number of authors shown on this cover page is limited to 10 maximum.

De ‘swart gegrimde koe’

ofwel enige opmerkingen over de vernietiging wegens verborgen gebreken, over de ontbinding wegens conformiteit en in het bijzonder over de rechtstoestand van de vruchten die het gebrekkige goed inmiddels gegeven heeft.

Inleiding

Moet de koper na de ontbinding wegens non-conformiteit behalve de zaak ook de inmiddels genoten vruchten die de zaak heeft gegeven afstaan aan de verkoper? Het antwoord op deze vraag is naar huidig recht als volgt geregeld. Het wetboek verklaart de artikelen over bezit te goeder- en te kwader trouw analoog van toepassing op de ontbinding. Is de koper bezitter te goeder trouw, dan mag hij de vruchten behouden. Is hij te kwader trouw, dan moet hij de vruchten aan de verkoper afstaan. In het onderstaande zal ik aantonen dat de oplossing die het BW gekozen heeft gekunsteld en onnodig ingewikkeld is. De huidige regeling laat zien dat een duik in het verleden voor de wetgever geen luxe was geweest. Hij had te rade kunnen gaan bij het Romeinse recht. En wanneer hij niet zover terug wilde gaan had hij zijn licht kunnen opsteken bij bijvoorbeeld Dernburg. Dernburg laat er geen twijfel over bestaan. De koper moet hoe dan ook alle vruchten teruggeven:

‘In der Regel hat der Käufer die Kaufsache mit ihrem Zubehör, sowie deren Früchte und alles was sie sonst abwarf, zurückzuerstatten, (...)’¹

Het geval dat aanleiding gaf tot de hierbovengestelde vraag deed zich voor in Groningen in 1752.

Casus²

Ytze Geerts kocht van Jan Claesen op Pinksterdag 1752 een koe. Voor kerstdag 1752 stierf deze koe aan een besmettelijke ziekte. De verkoper had de koe ‘als daarvan gebeterd geleverd’, dat wil zeggen dat de verkoper erkende dat de koe ziek was geweest, maar

¹ H. Dernburg, *Pandekten*, II, Berlijn 1886, 267.

² Uitspraak van 4 maart 1758 van de Groningse Hoofdmannenkamer. *Groninger archieven. De archieven van de hoge Justitiekamer en andere gewestelijke instellingen tot 1811*, toegangsnummer 136, inv. nr 986. De Blécourt, Sententiën van de hoofdmannenkamer van Stad en Lande, in: *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis*, VI, 381 v. Zie over de Hoofdmannenkamer en de rechtsbronnen in het Groningse: F.A.J. van der Ven, Het ‘recht van overvaart te Bedum’ ofwel enige opmerkingen over het Rooms-Groningse recht, in: *Groninger Opmerkingen en Mededelingen*, XXII, Groningen 2005, 71-99.

ervoor instond dat de koe ten tijde van de koop en levering niet meer aan de ziekte leed. Vijf getuigen legden ten gunste van de verkoper een verklaring af dat de koe ten tijde van de koop beter was. Voor de grietman van Vredewold in het Westerkwartier³ eiste de koper op grond van een verborgen gebrek vernietiging van de koop en restitutie van de kooppenningen van tachtig gulden. De grietman wees de eis toe. De verkoper ging vervolgens van de uitspraak in hoger beroep bij de Hoofdmannenkamer. De verkoper hield vol dat de koe beter was toen hij de koe verkocht en leverde en zei voorts dat hij uit medelijden met de koper, die al zijn vee had verloren, een koopprijs van tachtig gulden had bedongen, terwijl hij er zelf in 1750 honderdenveertig gulden voor had betaald. De koper had uit drie koeien mogen kiezen. Van baatzucht of dolus van de kant van de verkoper was naar zijn zeggen dan ook geen sprake. De koper bracht tegen deze bewering van de verkoper in dat de verkoper de koe als beter had verkocht en dat de verkoper daarvoor instond en de 'neude' derhalve op zich had genomen. De verkoper stelde dat als de koop vernietigd werd, de koper de vruchten, die hij van Pinksteren 1752 tot kerstmis 1752 had genoten, moest teruggeven. De verkoper zei niet welke vruchten hij bedoelde, maar we mogen aannemen dat hij duidde op de opbrengst van de melk of misschien op een inmiddels geboren kalf. Over de vruchten zei de koper dat hij die weliswaar had genoten, maar dat hij de koe ook had gevoed.

Verborgen gebreken. De actio redhibitoria⁴

Omdat het Ommelander Landrecht niets over verborgen gebreken bepaalt, deed de koper een beroep op het Oldambster Landrecht. Hoewel de koper en de verkoper in het Westerkwartier woonden, waar het Ommelander Landrecht gold, werd subsidiair een beroep op het Oldambster Landrecht gedaan. De Oldambster regeling over de verborgen gebreken is afkomstig uit het Romeinse recht.

Eén van de verplichtingen van de verkoper was volgens Romeins recht de koper te vrijwaren tegen verborgen gebreken. De verkoper moest instaan voor feitelijke gebreken

³ Het Westerkwartier vormde samen met Hunsingo en Fivelingo de Ommelanden.

⁴ Een aantal passages in deze paragraaf is overgenomen uit: F.A.J. van der Ven, Rooms Overijssels recht, in: *Groninger opmerkingen en mededelingen* XX, 2003, 84 v.; R. Zimmermann, *The law of obligations*, Kaapstad 1990, 305 v.; J.H.A. Lokin, *Prota*, Groningen 2006, V. 50; J.C. van Oven, *Leerboek van Romeinsch Privaatrecht*, Leiden 1948, 263 v.; M. Kaser- F.B.J. Wubbe, *Romeins Privaatrecht*, Zwolle 1971, 208; B. Windscheid, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, II, Frankfurt am M. 1900, 639 v.; Dernburg, noot 1, 264 v.; K.A. v. Vangerow, *Lehrbuch der Pandekten*, III, Marburg-Leipzig 1869, 423 v.; *Oeuvres de Pothier*, IV, Traité de la vente, Parijs 1818; O.L. Lee, *Over de aansprakelijkheid des Verkoopers voor de verborgen gebreken der verkochte zaak*, Leiden 1889; G.J.H. Kuyk, *Vrijwaring bij koop*, Leiden 1918; A.H. Kuipers, *Aansprakelijkheid voor verborgen gebreken in het Romeinsche recht*, Amsterdam 1918; J. Wester, *Verborgen gebreken bij dieren* (artt. 1540-1547 B.W.), Zwolle 1927; *Verborgen gebreken bij verkoop van vee*, Bewerkt naar een voordracht, gehouden voor de Vereniging voor Hoger Landbouwonderwijs, door J.H. Beekhuis, z.p., 1947; J.J. Verhoeven, *Verborgen gebreken bij koop*, in: *Ars Aequi* 1990; idem, Het gelijk der curulische aedilen, Naar een moderne uitleg van de regeling betreffende de conformiteit bij koop in geval van verborgen gebreken, in: *Groninger Opmerkingen en Mededelingen* XXIII, 2006, 17-47.

die niet bij een normaal onderzoek bij het sluiten van de koopovereenkomst aan het licht waren gekomen. De koper kon tegen de verkoper ageren als het ging om een zodanig gebrek, dat als de koper het had onderkend hij de koopovereenkomst niet zou hebben gesloten. Ook indien de verkoper het gebrek niet kende, kon de koper actie ondernemen. Ulpianus zegt in D. 21, 1, 1, 2 dat het er voor de koper niet toe doet waarom hij bedrogen is uitgekomen, door onwetendheid of slimmigheid van de verkoper.⁵

Voorop stond dat het verborgen gebrek aanwezig moest zijn geweest op het moment dat de koopovereenkomst werd gesloten. Dit in tegenstelling tot de wanprestatie die per definitie na het sluiten van de overeenkomst optreedt. De regeling der verborgen gebreken was een *lex specialis* van de dwaling.⁶ In geval van een verborgen gebrek kon men zich derhalve niet op dwaling beroepen. Zowel bij een verborgen gebrek, als het niet nakomen van een toezegging of garantie kon de koper actie ondernemen met de zogeheten aedilicische acties, de verborgen gebreken regeling.

Deze aedilicische acties zijn in het Romeinse recht ontwikkeld op de markt. Bij de koop van slaven en trekdieren op de markt golden in het Romeinse recht speciale regels, die te vinden waren in het edict van de magistraat die toezicht moest houden op de vee- en slavenmarkt, de *aedilis curulis*. Deze marktmeester had rechtsmacht in rechtsgedingen over de koop en verkoop van slaven en vee.⁷ De bepalingen over ziekten en gebreken bij slaven moesten analoog worden toegepast bij gebrekkige en zieke dieren.⁸ Had de verkochte slaaf of het beest een verborgen gebrek, dan kon de koper kiezen uit twee acties. Met de *actio redhibitoria* vorderde de koper de reeds betaalde koopsom terug, tegen aanbod van teruggave van de eigendom van de zaak; had hij nog niet betaald, dan vroeg hij te worden bevrijd uit zijn verbintenis. Was de zaak inmiddels teniet gegaan, dan bleven de aedilicische acties bestaan, mits de zaak buiten de schuld van de eiser - dit is in ons

⁵ D. 21, 1, 1, 2 (Ulpianus *libro primo ad edictum aedilium curulium*) (*..neque enim interest emptoris, cur fallatur, ignorantia venditoris an calliditate.*

⁶ Lokin, noot 4, V. 51.

⁷ Het edict sprak in beginsel over slaven en lastdieren. De vraag was of onder 'lastdieren' ook al het vee was begrepen. Aan het edict werd de bepaling toegevoegd dat, omdat met 'lastdieren' iets anders wordt aangeduid dan met het woord 'vee', 'Wat wij hebben gezegd over de gezondheidstoestand van lastdieren de verkopers ook dienen na te komen bij al het andere vee.' Daarmee is een einde gemaakt aan de twijfel over de vraag of ook runderen onder dit edict worden begrepen. De meest juiste stellingname is immers dat die niet onder de benaming 'lastdieren', maar wel onder 'vee' vallen. D. 21, 1, 38, 4-6. Ulpianus (*libro secundo ad edictum aedilium curulium*) *Iumentorum autem appellatione an omne pecus contineatur, videamus, et difficile est, ut contineatur: nam aliud significant iumenta, aliud significatur pecoris appellatione. Idcirco elogium huic edicto subiectum est, cuius vera haec sunt: 'quae de iumentorum sanitate diximus, de etero quoque pecore omni venditores faciunt'. Unde dubitari desiit, an hoc edicto boves quoque contineatur: etenim iumentorum appellatione non contineri eos verius est, sed pecoris appellatione continebuntur.*

⁸ D. 21, 1, 38, 3 (Ulpianus *libro secundo ad edictum aedilium curulium*) *Et fere eadem sunt in his, quae in mancipiis, quod ad morbum vitiumve attinet: quidquid igitur hic diximus, huc erit transferendum, (..) Inderdaad vindt men hier voor zover het ziekten en gebreken betreft ongeveer dezelfde bepalingen als in het geval van slaven. Al hetgeen wij daar (over slaven FAJV) te berde hebben gebracht, dient dus naar deze context overgebracht te worden.*

geval de koper -, van de tot diens huishouding behorende personen of van diens vermogensbeheerder verloren waren gegaan.⁹ In dat geval kon hij aanspraak blijven maken op teruggave van de koopsom; de koper hoefde zelf niets meer te presteren. Was de zaak door schuld van de koper teniet gegaan, dan kwam voor teruggave van de zaak in dat geval schadevergoeding in de plaats.¹⁰

Was de zaak niet teniet gegaan, dan kon de koper de zaak behouden en vermindering van de koopsom vragen met de *actio quanti minoris*. Beide acties konden, zoals hierboven is gebleken, worden ingesteld indien de verkoper bepaalde gebreken, die hij bekend had moeten maken niet had vermeld, onverschillig of hij ze wel of niet kende. De acties konden eveneens worden ingesteld indien de verkoper ten onrechte had beweerd of toegezegd dat de slaaf of het beest bepaalde gebreken niet had.¹¹ We hebben hierboven gezegd dat Jan Claesen, onze verkoper, zo'n toezegging had gedaan. Schadevergoeding kon met genoemde acties niet worden gevorderd. Wilde de koper schadevergoeding, dan moest hij ageren met de *actio empti*, de actie uit koop, bij welke actie *dolus* een vereiste was.¹²

De koper Geerts ageerde met de *actio redhibitoria*: hij eiste vernietiging van de koop en teruggave van de koopsom.

‘Een heymelick gebreck’.¹³

De hierboven genoemde acties, de *actio redhibitoria* en de *actio quanti minoris*, vinden we in het Oldambtster landrecht. Artikel 92 van Boek IV, dat de *actio redhibitoria* bevat, luidt als volgt:

⁹ D. 21, 1, 47, 1 Paulus (*libro undecimo ad Sabinum*) *Post mortem autem hominis aediliciae actiones manent*, D. 21, 1, 48 pr Pomponius (*libro vicesimo tertio ad Sabinum*) *si tamen sine culpa actoris familiaeve eius vel procuratoris mortuus sit*.

¹⁰ D. 21, 1, 31, 11 Ulpianus (*libro primo ad edictum aedilium curulium*) (...) *nam si culpa eius decessit, pro vivo habendus est, et praestentur ea omnia, quae praestarentur, si viveret*.

¹¹ Indien zo'n toezegging apart was geschied in de vorm van een *stipulatio*, een mondelinge overeenkomst, dan rijst de vraag of de koper niet genoeg had aan de *actio ex stipulatu*, die ten opzichte van de *actio redhibitoria* tot voordeel had dat deze niet binnen een half jaar hoefde te worden ingesteld. Met de *actio ex stipulatu* kon schadevergoeding worden gevorderd. De koper zou de verkoper ook aan zijn toezegging kunnen houden met de *actio empti*, maar dan moest de verkoper van het gebrek op de hoogte zijn geweest. Van Oven acht het waarschijnlijk dat de aedielen hun acties wegens toezeggingen, vóór het ontstaan van de *actio empti*, gegeven hebben en wel voor gevallen dat die toezeggingen niet waren vervat in een in geldige vorm afgelegde stipulatie. Van Oven, noot 4, 266. Zimmermann, noot 4, 310. En ook algemeen over toezeggingen: 315, 319, 329.

¹² Over de samenloop met de *actio empti*, de actie uit koop, in het kort het volgende. Er wordt wel gezegd dat het voordeel van de aedilicische acties ligt in het poenale karakter ervan. De verkoper die het op een proces liet aankomen, zou een strafsom moeten betalen, getuige D. 21, 1, 45. Hij moest de koopsom teruggeven en tevens een boete betalen die gelijk was aan de koopsom; hij werd tot het *duplum* veroordeeld. Zie hierover Van Oven, noot 4, 265, 268, 269. Zimmermann, noot 4, 319, 322, 323 en 329.

¹³ Vgl. OLR, boek V, art. 2; *Ordonnantien op allerhande Conventien en Contracten*, Groningen 1703, van koop, art. 15.

DE 'SWART GERIMDE KOE'

‘Als eenigh goetd verkoft werdt, dat geen koopmans goetd is, ende geheel onnut tot het gebruyck daer toe ’t selve gedestineert is, soo magh de handeling annuleert werden, mits de koper binnen ses weecken daer over klaege.’

Indien iemand een zaak verkocht, dat geen ‘koopmans goetd’ was, dat wil zeggen een zaak die niet deugt¹⁴, oftewel als de zaak niet kon worden gebruikt waartoe hij was bestemd, dan kon de koopovereenkomst vernietigd worden. Hoewel niet met zoveel woorden gesproken wordt over een verborgen gebrek mogen we aannemen dat het hier de *actio redhibitoria* uit de verborgen gebreken regeling betreft. De reden waarom een zaak niet kan worden gebruikt voor het doel waartoe het is bestemd is dat de zaak gebrekkig is. Het gebrek kan niet anders dan verborgen zijn omdat de koper in geval van een zichtbaar gebrek ten tijde van het tot stand komen van de koopovereenkomst de koop niet kan vernietigen. De genoemde vernietigingsgrond - de zaak is ‘geheel onnut tot het gebruyck daer toe ’t selve gedestineert is’ - doet denken aan de eis van conformiteit die artikel 7:17 BW stelt: de koper mag verwachten dat de zaak de eigenschappen bezit die voor een normaal gebruik daarvan nodig zijn en waarvan hij de aanwezigheid niet behoefde te betwijfelen. Beantwoordt de zaak niet aan de overeenkomst dan is de verkoper naar huidig recht aansprakelijk uit wanprestatie en kan hij ontbinding en schadevergoeding vragen. Het BW kent de verborgen gebreken regeling niet meer en heeft deze regeling opgenomen in de conformiteitsregeling.

Artikel 93 van Boek 5 van het Oldambtster landrecht bepaalt dat indien een verkochte zaak een verborgen gebrek had, dat de koper niet kon zien of kennen, maar de zaak nog wél gebruikt kon worden, de koper kon ageren met de *actio quanti minoris*. De rechter bepaalde vervolgens met welk bedrag de koopsom werd verminderd:

‘Als het verkofte goetd een heymelick gebreck heeft, dat de koper niet heeft konnen sien of kennen, waer door het selve niet geheel onnut, dan slimmer is als het behoort te wesen, soo sal tot discretie des Rechters ofte Goede Mannen staen, hoe veel minder de koper betaelen sal, (..).’

In ons geval van de ‘swart gegrimde koe’ ligt het voor de hand dat de *actio redhibitoria* werd ingesteld omdat de koper wilde dat de overeenkomst werd vernietigd. De verkochte zaak was immers ten gevolge van het gebrek teniet gegaan. We zullen straks zien dat de rechter de zaak op grond van de verborgen gebreken regeling afdoet.

¹⁴ In een ander vonnis van de Hoofdmannenkamer, 13 maart 1711, wordt gesproken over een verkochte koe ‘niet dugtigh of coopmansgoed geweest te zijn’. De Blécourt, noot 2, VI, 380. Laman noemt als enig voorbeeld vinnig spek, dat vier dagen na de levering terug gestuurd moest worden. P. Laman, *Aanleiding tot de eerste beginselen der Groninger Rechtskennis*, Groningen 1777-1778, tweede deel, 276.

Vervolg casus. Uitspraak van de Hoofdmannenkamer over de *actio redhibitoria*

Geerts beriep zich op een verborgen gebrek en stelde de *actio redhibitoria* in. De koe was immers ‘geheel onnut tot het gebruyck daer toe ’t selve gedestineert’ was. Het ging om een verborgen gebrek, en wel om een zodanig gebrek, dat, indien de koper het had onderkend, hij de koopovereenkomst niet had gesloten. Daarbij had de verkoper toegezegd dat de koe niet ziek was. Dat de koe was gestorven aan de betreffende ziekte stond vast. Getuigen hadden dat verklaard. De verkoper had erkend dat de koe de ziekte had gehad, maar verzekerde dat zij ten tijde van de koopovereenkomst beter was. De rechter won informatie over de ziekte in bij deskundigen, bij kooplui uit Friesland en Groningen. Zij verklaarden dat ze geen voorbeeld kenden van een geval waarin een koe twee keer door de betreffende dodelijke ziekte was getroffen en pas na de tweede keer dat zij ziek werd was gestorven. Dat de koe ten tijde van de koopovereenkomst aan de ziekte leed achtten zij zeer waarschijnlijk. De koper kon opzet echter niet bewijzen.

De Hoofdmannenkamer bekrachtigde de uitspraak van de grietman van Vredewold dan ook met een beroep op artikel 92 vierde boek van het Oldambster Landrecht. De koop werd op grond van een verborgen gebrek vernietigd en partijen moesten in de oude toestand worden hersteld.

Vruchten en kosten

Zoals gezegd, eiste de verkoper dat, indien met succes de *actio redhibitoria* was ingesteld, de koper zou worden veroordeeld aan hem (de verkoper) de vruchten die koper intussen had genoten af te staan. Over wat rechtens is met betrekking tot de vruchten indien de actie werd toegewezen zwijgt het landrecht. De rechter moest dus weer te rade gaan bij het Romeinse recht. Het doel van de *actio redhibitoria* is volgens Julianus dat de verkoper en de koper, in de oude toestand worden hersteld. D. 21, 1, 23, 7:

Julianus zegt dat het vonnis in de terugverschaffingsactie beide partijen, dat wil zeggen verkoper en koper, in zekere zin in de oude toestand moet herstellen.¹⁵

Het doel is, aldus Ulpianus, dat alles op zodanige wijze ongedaan moet worden gemaakt, zodat na ontbinding van de koop geen van beiden meer verkrijgt dan zij gehad zouden hebben als de koop niet gesloten was.¹⁶ Of zoals Paulus opmerkt:

Door terugverschaffing wordt alles in de oorspronkelijke toestand teruggebracht, alsof er geen koop en

¹⁵ D. 21, 1, 23, 7 Ulpianus (*libro primo ad edictum aedilium curulium*) *Iulianus ait iudicium redhibitoriae actionis utrumque, id est venditorem et emptorem quodammodo in integrum restituere debere.*

¹⁶ D. 21, 1, 23, 1 Ulpianus (*libro primo ad edictum aedilium curulium*) (...), *ut uterque resoluta emptione nihil amplius consequatur, quam non haberet, si venditio facta non esset.*

DE 'SWART GERIMDE KOE'

verkoop had plaatsgevonden.¹⁷

De Hoofdmannenkamer verwijst in deze naar Voet die het volgende zegt:

‘de verkoper is gehouden de koopsom met interest terug te geven. (..) Het is achtereenvolgens (beurtelings) duidelijk dat de eigendom aan de verkoper moet worden teruggegeven samen met de vruchten en met elk voordeel dat de koper heeft genoten of vanwege zijn nalatigheid heeft verzuimd te genieten.’¹⁸

De verkoper is dus gehouden de koopsom met rente terug te geven.¹⁹ De koper moest op zijn beurt de zaak en de vruchten, die na de koopovereenkomst waren afgescheiden, aan de verkoper afstaan.²⁰ Men denke bij een slaaf aan bijvoorbeeld de huuropbrengst die de koper heeft genoten doordat hij de slaaf aan een derde heeft verhuurd. Of bij een koe aan het intussen geboren kalf. Pothier neemt aan dat de interessen op de koopsom die de verkoper moet teruggeven veelal kunnen worden gecompenseerd met de vruchten die de

¹⁷ D. 21, 1, 60 Paulus (*libro sexagesimo nono ad edictum*) *Facta redhibitione omnia in integrum restituntur, perinde ac si neque emptio neque vendito intercessit.*

¹⁸ *adeoque venditor pretium restituat cum usuris. Sed et vicissum constat, venditori quoque restituendam esse ab emtore rem cum fructibus, et omni utilitate, quam emptor percepit, aut culpa neglexit percipere, (..) J. Voet, Commentarius ad Pandectas, Den Haag 1731, ad D. 21, 1, nr 4 i.f.; Vgl. J. Domat, Les lois civiles dans leur ordre naturel, Parijs 1723, sectie 10, nrs 13 en 14; D. Maevius, Commentarius in jus Lubecense, Leipzig 1642/3, l. 3, t. 6, art. 14, nrs 10, 11, 12; R. Mynsingerus, Singularium observationum Iudicii Imp. Camerae centuriae VI, Helmstadt 1599, Obs. 56 nr 7; U. Huber, Praelectiones Iuris Civiles, 1766, ad D. 21, 1 nr 5; H. de Groot, Inleidinge tot de Hollandsche rechts-geleerdheid, Arnhem 1926, III, d. 15, § 7; A. Mattheus, De auctionibus, Utrecht 1653, L. 1, c 8; J.G. Heineccius, Elementa Iuris Civilis, Amsterdam 1740, ad D. 21, 1; S. Stryk, Commentarius in quinquaginta libros Pandectarum, Frankfurt a.d. Oder 1674, ad D. 21, 1, nr 11; Dernburg, noot 1, 267*

¹⁹ D. 21, 1, 29, 2 Ulpianus (*libro primo ad edictum aedilium curulium*) (..) *an et usuras pretii consequatur, quasi quod sua intersit debeat accipere, maxime cum fructus quoque ipse restituat? et placet consecuturum.* Kan de koper ook de rente over de koopprijs verkrijgen, op grond van het argument dat hij behoort te ontvangen wat zijn belang is, te meer dat hij zelf de vruchten teruggeeft? Naar algemene opvatting dient hij die te verkrijgen.

²⁰ D. 21, 1, 23, 9 Ulpianus (*libro primo ad edictum aedilium curulium*) *Cum redhibetur mancipium, si quid ad emptorem pervenit vel culpa eius non pervenit, restitui oportet, non solum si ipse fructus percepit mercedem a servo vel conductore servi accepit, sed etiam si a venditore fuerit idcirco consecutus, quod tardius ei hominem restituit: sed et si a quovis alio possessore fructus accepit emptor, restituere eos debet: sed et si quid fructuum nomine consecutus est, id praestet: item si legatum vel hereditas servo obvenit. neque refert, potuerit haec consequi venditor an non potuerit, si servum non vendidisset: (..) Wanneer een slaaf teruggegeven wordt, behoort ook afgifte plaats te vinden in geval de koper iets toegevalen is of door zijn schuld niet aan hem toegevalen is, niet alleen indien hij zelf vruchten verkregen heeft of van de slaaf zelf dan wel van de huurder van de slaaf looninkomsten ontvangen heeft, maar ook indien hij iets van de verkoper verkregen heeft wegens het feit dat deze hem de slaaf met vertraging afgegeven heeft. Als de koper van een willekeurige andere bezitter vruchten ontvangen heeft, zal hij deze ook moeten afgeven; en als hij iets ter zake van de vruchten gekregen heeft, zal hij dit eveneens moeten afdragen; verder ook als de slaaf een legaat of een nalatenschap toegevalen is (..).*

koper aan de verkoper moet afstaan.²¹ De kosten tot behoud van de zaak, bijvoorbeeld de voedingskosten, die de koper heeft gemaakt hoefde de verkoper niet te vergoeden. De reden dat hij deze kosten niet hoeft te vergoeden is dat de koper intussen van de zaak gebruik heeft gemaakt.²²

Vanaf Ulpianus zijn alle schrijvers het erover eens dat de koper de vruchten aan de verkoper moet teruggeven. We zullen straks zien dat over deze eeuwenlang uitgemaakte zaak juist onder het regime van het BW verwarring ontstaat vanwege een ingewikkelde regeling.

Uitspraak van de Hoofdmannenkamer over de vruchten

Het voorgaande toegepast op de casus leidt tot het volgende. Geerts, de koper, zou derhalve de dode koe, voor zover de verkoper Claesen daar nog iets aan zou hebben, moeten teruggeven. Men denke aan het vlees, de huid en de horens.²³ Omdat de koe buiten schuld van de koper dood was gegaan kwam er geen schadevergoeding voor in de plaats. Daarbij zou Geerts de eventuele kalveren en de opbrengst van de melk aan Claesen moeten afstaan. Op zijn beurt zou Claesen de koopsom met interessen aan Geerts moeten geven. De vraag is of hij ook de kosten van de voeding moest betalen. Als we de bepalingen over ziekten en gebreken bij slaven analoog toepassen bij gebrekkige en zieke dieren, hetgeen volgens Ulpianus diende te geschieden²⁴, dan zou de verkoper die niet hoeven te vergoeden. De kosten tot behoud van een slaaf hoefde de verkoper niet te vergoeden, omdat die verrekend werden met de diensten die de slaaf had verricht.²⁵

De Hoofdmannenkamer hield op de volgende wijze rekening met de kosten van voeding van de koe. De rechter wees de eis van de verkoper wat betreft de vruchten af met het door de koper opgeworpen argument dat hij weliswaar de vruchten had genoten, maar dat hij het beest intussen ook had moeten voeden. Anderzijds had de verkoper lang van de interessen van de ontvangen koopsom kunnen profiteren, zodat wederzijds compensatie tussen de vruchten van de koe en de interessen van de koopsom had plaats gehad.

De Hoofdmannenkamer compenseerde de waarde van de vruchten zowel met de kosten van voeding als met de interessen van de koopsom. De compensatie met de interessen was in overeenstemming met het Romeinse recht. Compensatie met de voedingskosten daarentegen niet. Deze zouden immers immers niet hoeven te worden vergoed.

²¹ Pothier, noot 4, nr 217.

²² D. 21, 1, 30, 1 Paulus (*libro primo ad edictum aedilium curulium*) (..): *sed cibaria servo data non esse imputanda Aristo, nam nec ab ipso exigi, quod in ministerio eius fuit.* Volgens Aristo dient aan de slaaf gegeven voeding echter niet in rekening gebracht te worden, aangezien aan de koper zelf ook niet het feit in rekening wordt gebracht dat de slaaf bij hem in dienst is geweest. Vgl. l. 25, 8 en 27 en 29,3 van dezelfde titel.

²³ Vgl. rechtbank Assen 29 april 1913, W 9582; HR 27 januari 1962, NJ 1962, 44. Wester, noot 4, 227 v.; Beekhuis, noot 4, 7. De koper is niet-ontvankelijk in zijn vordering tot vernietiging van de koop, indien hij niet aan de verkoper teruggave van het goed of wat daarvan is overgebleven aanbiedt.

²⁴ D. 21, 1, 38, 3. Zie Voet, noot 8, ad D. 21, 1, nr 4 i.f.

²⁵ Zie noot 22.

Waarschijnlijk heeft de Hoofdmannenkamer 'om er van af te zijn' rekening gehouden met het argument van de koper.

Huidig recht²⁶

Inleiding

Naar huidig recht zou koper Geerts kunnen stellen: primair, dat de verkoper tekort is geschoten in zijn op grond van art. 7:17 BW bestaande rechtsplicht om een zaak te verkopen en te leveren die aan de overeenkomst beantwoordt. Subsidiair, dat de koopovereenkomst is aangegaan onder invloed van bedrog en/of dwaling.

Behalve een beroep op conformiteit, wat toch het meest voor de hand ligt, zou de verkoper dus ook kunnen proberen de koopovereenkomst op grond van bedrog of dwaling te vernietigen.

Het bedrog zou zijn gelegen in het feit dat de verkoper wist dat de koe ziek was en dat feit opzettelijk heeft verzwegen om de koper tot de koop te bewegen.²⁷ De dwaling zou berusten op een onjuiste mededeling²⁸ - de verkoper had ten onrechte verklaard dat de koe beter was ten tijde van de koopovereenkomst - dan wel op het feit dat de verkoper bij het sluiten van de overeenkomst ook van dezelfde onjuiste voorstelling als de dwalende - de koe was niet behept met een voor waarneming onzichtbaar gebrek - was uitgegegaan, terwijl het voor de verkoper kenbaar was dat de koper de zaak niet, althans niet voor dezelfde prijs zou hebben gekocht, indien hij wel een juiste voorstelling van zaken had gehad.²⁹

Conformiteit

Volgens de terminologie van artikel 7:17 BW moet de verkochte zaak die eigenschappen hebben die de koper bij een normaal gebruik mag verwachten.³⁰ Dit artikel heeft een einde gemaakt aan het dualisme dat onder het oude recht nog bestond. Had de verkoper een toezegging gedaan of een garantie gegeven en kwam hij die niet na, dan moest de koper ageren uit wanprestatie en kon hij ontbinding en schadevergoeding eisen. Ging het om een verborgen gebrek dan werd geageerd met de acties uit de speciaal daarop toegesneden verborgen gebreken-regeling.³¹ De koper kon in navolging van het Romeinse recht ofwel

²⁶ Asser-Hartkamp, *Verbintenissenrecht, Algemene leer der overeenkomsten*, Deventer 2005; Asser-Hartkamp, *De verbintenis in het algemeen*, Deventer 2004; Asser-Hijma, *Bijzondere overeenkomsten, koop en ruil*, Deventer 2001; F.B. Bakels, *Ontbinding van wederkerige overeenkomsten*, Deventer 1993; T. Hartlief, *Ontbinding*, Deventer 1994.

²⁷ Art. 3:44 lid 3 BW.

²⁸ Art. 6:228 lid 1 sub a BW.

²⁹ Art. 6:228 lid 1 sub c BW.

³⁰ Art. 7:17 lid 2 BW.

³¹ Artt. 1540-1548 BW.

tegen teruggave van de zaak de koopsom terugvorderen ofwel de zaak behouden en vermindering van de koopsom eisen. Het huidige artikel 7:17 BW geldt zowel in geval van een verborgen gebrek als een niet nagekomen garantie of toezegging.

De leer van de verborgen gebreken is, zoals hierboven al is gezegd, opgegaan in het conformiteitsleerstuk. Non-conformiteit impliceert dat de verkoper te kort schiet in de nakoming. De verborgen gebreken worden naar huidig recht behandeld bij de wanprestatie, die optreedt na de tot standkoming van de overeenkomst. De verborgen gebreken-regeling is, doordat zij is ondergebracht bij de conformiteit een *lex specialis* van de wanprestatie geworden, hetgeen betekent dat een beroep op dwaling daarnaast nog open staat. Dit nu is enigszins merkwaardig omdat de leerstukken van de verborgen gebreken en de dwaling zien op het tijdstip van het totstandkomen van de overeenkomst, terwijl de wanprestatie ziet op de uitvoering van de overeenkomst. Naar Romeins recht werd dan ook, zoals gezegd, wel aangenomen dat de verborgen gebreken regeling een *lex specialis* van de dwaling was.³² Naar Romeins recht kon in geval van een verborgen gebrek dus niet tevens een beroep op dwaling worden gedaan.

De koper hoeft als hij een beroep doet op non-conformiteit niet aan te tonen dat het gebrek al bestond op het moment van de overeenkomst, maar dient aan te tonen dat de verkoper de overeenkomst niet behoorlijk is nagekomen. De koper kan nakoming eisen en vervanging van de afgeleverde zaak vragen (art. 7:21 lid 1 sub c BW), dan wel ontbinding³³ en schadevergoeding vorderen (artt. 6:265 jo. 6:74 BW).³⁴

Ontbinding heeft naar huidig recht tot doel dat partijen zoveel mogelijk in de oude toestand worden hersteld. De ontbinding heeft geen terugwerkende kracht, maar doet, voor zover partijen de overeenkomst zijn nagekomen, voor partijen een verbintenis ontstaan tot ongedaanmaking van de reeds door hen ontvangen prestaties. Er ontstaan na ontbinding twee verbintenissen: voor de verkoper de verplichting de koopsom terug te geven en voor de koper de verplichting de eigendom van de zaak terug te leveren.³⁵ Als, zoals in ons

³² Lokin, noot 4, V 51.

³³ Hoe komen wij aan de ontbinding in ons huidige recht? In het Romeinse recht bestond de mogelijkheid tot ontbinding alleen in geval van verborgen gebreken en bij ruil, niet bij de overige contracten. Alleen in geval van ruil kon de eigen zaak worden teruggevorderd, want daar komt het bij ontbinding op aan. Bij alle overige contracten werd met veroordeeld tot een geldsom, dus tot het betalen van schadevergoeding. Het was Azo die ook in geval van koop de mogelijkheid tot ontbinding wilde. Azo beredeneerde de ontbindingsmogelijkheid op grond van de canoniekrechtelijke regel *frangenti fides non est fides servanda* oftewel: tegenover iemand die zijn woord niet houdt hoef je zelf je woord ook niet te houden. Bartolus keerde terug naar het Romeinse recht: geen ontbinding bij koop of andere contracten, maar alleen schadevergoeding. Het was ten slotte Du Moulin die de ontbinding voor alle contracten beredeneerde via de stilzwijgende ontbindende voorwaarde. Men ging een contract aan onder de ontbindende voorwaarde dat de ander zijn verplichting nakwam. Kwam laatstgenoemde zijn verplichting niet na, dan mocht hij de overeenkomst ontbinden. J-P Lévy/ A. Castaldo, *Histoire du droit civil*, Parijs 2002, nr 503.

³⁴ Asser-Hijma, noot 26, p. 290 e.v.

³⁵ Asser-Hartkamp, *Algemene leer der overeenkomsten*, noot 26, 559; F.B.Bakels, *Wederkerige overeenkomsten en ontbinding wegens tekortkoming*, Mon. NBW, Deventer 1994, 67.

geval, de zaak teniet is gegaan - de koe is dood - en de koper het tenietgaan niet kan worden toegerekend, dan zal de koper, als de verkoper daar prijs op stelt, de eigendom van de dode koe kunnen terugleveren. De verbintenis tot ongedaanmaking van de verkoper houdt, zoals gezegd, in dat hij de koopsom terug moet geven. Daarenboven kan de koper, indien hij schade heeft geleden, schadevergoeding vorderen.

Vruchten. Oud-BW

Moet de koper de vruchten die hij intussen heeft genoten teruggeven nadat de overeenkomst ontbonden is? Om deze vraag voor het huidige recht te beantwoorden moeten we eerst kijken naar het BW van 1838.

Op grond van artikel 1543 BW(oud) kon de koper, indien hij een zaak met een verborgen gebrek had gekocht, ageren met de Romeinsrechtelijke *actio redhibitoria* of de *actio quanti minoris*. Hij had derhalve de keus of het goed terug te geven tegen teruggave van de koopsom of het goed te behouden tegen vermindering van de koopsom. Het was onder het oude recht overigens omstreden of de *actio redhibitoria* vernietiging van de overeenkomst ten gevolge had. Zo zegt Asser-Kamphuisen dat het bestaan van verborgen gebreken in de zin der wet niet vernietiging van de koop ten gevolge heeft. Hoewel uit de artikelen 1527 en 1547 BW(oud)³⁶ duidelijk blijkt dat de *actio redhibitoria* leidt tot vernietiging van de koop en de Hoge Raad in 1917 de vernietiging met zoveel woorden heeft aangenomen³⁷ is volgens genoemde schrijver van een 'echte' vernietiging geen sprake. De uitdrukkingen in de artikelen 1527 en 1547 BW(oud), te weten 'zoodanige (gebreken) die aanleiding geven tot vernietiging van den koop' en 'gebreken die vernietiging van den koop ten gevolge hebben' zijn volgens Asser-Kamphuisen beide ongelukkige vertalingen van de uitdrukking 'vices rédhibitoires' in resp. 1625 en 1648 Cc.³⁸ Dat van een echte vernietiging geen sprake kan zijn blijkt volgens hem voldoende uit het feit dat verborgen gebreken ook aanleiding kunnen geven tot de *actio quanti minoris*. 'De kwestie, hier te lande voor zover ons bekend in de literatuur niet besproken', zo vervolgt Kamphuisen zijn betoog, 'is van belang voor de rechten van derden, door de koper op het onroerend goed gevestigd. O.i. komen deze niet te vervallen, daar de overeenkomst niet vernietigd wordt, doch de koper de zaak aan de verkoper teruggeeft.'³⁹ De mening van Kamphuisen komt ons vreemd voor. Het argument dat verborgen gebreken ook aanleiding kunnen geven tot de *actio quanti*

³⁶ Art. 1527 BW: De vrijwaring, (...) heeft twee strekkingen: (...) ten tweede, de verborgen gebreken dier zaak, of de zoodanige die aanleiding geven tot vernietiging van de koop. Art. 1547 BW: De regtsvordering, voortspuitende uit gebreken die de vernietiging van de koop ten gevolge hebben, (...).

³⁷ HR 11 mei 1917, NJ 1917, 711.

³⁸ Art. 1625 Cc: La garantie, (...) a deux objets: (...) le second, les défauts cachés de cette chose ou les vices rédhibitoires, dat wil zeggen de verborgen gebreken van de zaak of de koopvernietigende gebreken. Art. 1648 Cc: L'action résultant des vices rédhibitoires doit être intentée par l'acquéreur, dans un bref délai, suivant la nature des vices rédhibitoires, et l'usage du lieu où la vente a été faite.

³⁹ Asser-Kamphuisen, , *Handleiding tot beoefening van het Nederlandsch burgerlijk recht, verbintenissenrecht, bijzondere overeenkomsten*, Zwolle 1960, 101. De rechtbank Middelburg, 22 december 1954, NJ 1955, 473 nam de mening van Kamphuisen over.

minoris, waarbij van vernietiging geen sprake kan zijn zegt niets over de rechtsgevolgen van de *actio redhibitoria*. Bij de eerstgenoemde actie blijft de overeenkomst logischerwijs in stand. Stelt de koper de *actio redhibitoria* in, dan wil hij de overeenkomst vernietigen. De opmerking dat er van een ‘echte vernietiging’ geen sprake kan zijn, zoals Kamphuisen stelt, is vaag. Wat voor vernietiging zou het dan moeten zijn, een ‘onechte’? De artikelen 1527 en 1547 BW(oud) kunnen toch moeilijk anders worden uitgelegd, dan dat de aanwezigheid van een verborgen gebrek de koper in de mogelijkheid stelt de overeenkomst te vernietigen. Nu vernietiging onder het oud BW terugwerkende kracht tot gevolg had is de verkoper altijd eigenaar gebleven en zijn ons inziens de rechten die de koper intussen ten behoeve van een derde heeft gevestigd ongeldig omdat de koper achteraf beschikkingsonbevoegd was. Dat aan de vraag of een verborgen gebrek kan leiden tot vernietiging van de overeenkomst in de literatuur weinig aandacht werd besteed, zoals Kamphuisen stelt, duidt er hoogstwaarschijnlijk op dat het antwoord op deze vraag zo duidelijk was, dat er om die reden geen aandacht aan werd geschonken. Diephuis bijvoorbeeld zegt ook zonder er veel woorden aan vuil te maken dat de koper de keus heeft tussen ‘twee middelen van herstel, den koop *te niet te doen* en alles in zijn geheel te herstellen, of den koop in stand te houden, maar met vermindering van den koopprijs.’⁴⁰

We keren terug naar de vraag over de vruchten. Moet de koper de vruchten die hij intussen heeft genoten teruggeven nadat de overeenkomst vernietigd is? In onder andere Asser-Schut lezen we dat het onder het oud-BW onduidelijk was of de koper de door hem genoten vruchten moest teruggeven.⁴¹ Op grond van artikel 1543 BW(oud) kon de koper indien hij een zaak met een verborgen gebrek had gekocht en daarom de overeenkomst wilde vernietigen, zoals gezegd, ageren met de Romeinsrechtelijke *actio redhibitoria*. Was de verkoper te kwader trouw, dat wil zeggen dat hij op de hoogte was van het gebrek, dan was hij krachtens artikel 1544 BW(oud) behalve tot teruggave van de koopprijs ook gehouden tot het betalen van alle kosten, schade en interessen. Kende de verkoper het gebrek niet en was hij te goeder trouw, dan was hij op grond van artikel 1545 BW(oud) slechts gehouden tot teruggave van de koopprijs, alsmede tot vergoeding van de kosten op de koop en levering gevallen, voor zover de koper die mocht hebben betaald. Met deze kosten worden de kosten bedoeld die de verkoper ten behoeve van de koop heeft gemaakt. Genoemde artikelen waren afkomstig uit de Code Civil.⁴² Het lijkt erop dat de verkoper te goeder trouw onder het oud-BW niet de interessen van de koopsom verschuldigd was. Hij was volgens artikel 1545 BW(oud) immers slechts gehouden de koopprijs terug te geven, alsmede de kosten op de koop en levering gevallen. De rechtspraak interpreteerde genoemd artikel echter zeer ruim. ‘Ze bracht daaronder onder meer de interessen over de koopsom vanaf de dag der dagvaarding⁴³, de vanaf die dag aan stalling en voeding

⁴⁰ Diephuis, noot 51, 314. Cursivering FAJV.

⁴¹ Asser-Schut, *Bijzondere overeenkomsten*, I, Zwolle 1981, 174; Vgl. Asser-Hijma, noot 26, 330.

⁴² Artt. 1641-1648 CC. Vgl. D. 19, 1, 13, pr.

⁴³ Vlg. Lee, noot 4, 43: ‘Ook de verkoper te goeder trouw is de interessen van den koopprijs verschuldigd, al drukt art. 1545 B.W. zich limitatief uit. Immers is het een gevolg van de tot op de

DE 'SWART GERIMDE KOE'

verbonden onkosten, (maar niet voordien gemaakte onderhoudskosten⁴⁴) en kosten van geneeskundige behandeling e.d.’⁴⁵ De koper kon bij de uitgaven van deze kosten geacht worden de zaken voor de verkoper te hebben waargenomen. De verkoper had er immers ook belang bij dat hij de zaken weer in een zo goed mogelijke staat terugontving.⁴⁶

Over vruchten wordt noch in de Code Civil, noch in het oud-BW met zoveel woorden gesproken. In de Franse literatuur, die teruggaat op Pothier⁴⁷, wordt aangenomen dat de koper de vruchten moet teruggeven. Maar vaak zullen de vruchten in de praktijk, aldus Planiol-Ripert-Hamel, worden gecompenseerd met de interessen van de koopsom waarvan de verkoper debiteur is.⁴⁸ Voor het oud-BW werd ook wel compensatie tussen de interessen en de vruchten aangenomen.⁴⁹ We zijn dan weer terug bij - hoe kan het ook anders - het Romeinse recht. Ook Ulpianus bracht de betaling van de interessen in verband met de teruggave van de vruchten. Hij zegt het volgende:

Kan de koper ook de rente over de koopprijs verkrijgen, op grond van het argument dat hij behoort te ontvangen wat zijn belang is, te meer daar hij zelf de vruchten teruggeeft? Naar algemene opvatting dient hij die te verkrijgen.⁵⁰

Diephuis vond ook dat de koper de vruchten moest teruggeven. Koos de koper voor de *actio redhibitoria* dan ‘moet alles zooveel mogelijk en naar billijkheid in zijn geheel worden hersteld. (..) Met de zaak moet hij alles teruggeven, wat door natrekking tot haar behoort of door hem verkregen is, zoo als de jongen die uit het verkochte dier, terwijl het in zijn bezit was, geboren werden.’⁵¹ Asser-Kamphuisen daarentegen is de mening toegedaan dat de vruchten niet teruggegeven hoeven te worden. Hij noemt geen argumenten.⁵² In laatstgenoemde zin besliste de rechtbank Middelburg in 1954.⁵³ Volgens de rechtbank hoefde de koper, die vernietiging van de koop van een drachtige koe had

dagvaarding terugwerkende kracht van het vonnis dat vruchten, zoo natuurlijke als burgerlijke, van den dag der dagvaarding door den veroordeelden gedaagde verschuldigd zijn. Worden die interessen door den kooper geëischt, zoo zal de rechter ze ongetwijfeld moeten toewijzen. Met Troplong en Pothier meenen wij, ook in ons recht, compensatie te mogen aannemen tusschen de interessen en de vruchten, (..).’ Lee, noot 4, 43.

⁴⁴ Rb Rotterdam, 11 december 1963, NJ 1964, 284.

⁴⁵ Asser-Hijma, noot 26, 330.

⁴⁶ Beekhuis, noot 4, 7.

⁴⁷ Pothier, noot 4, nr 217.

⁴⁸ M. Planiol/G. Ripert/J. Hamel, *Droit Civil Français*, X, Parijs 1956, 154.

⁴⁹ Lee, noot 43, 43.

⁵⁰ D. 21, 1, 29, 2 Ulpianus (*libro primo ad edictum aedilium curulium*) (..) *an et usuras pretii consequatur, quasi quod sua intersit debeat accipere, maxime cum fructus quoque ipse restituat? et placet consecuturum.*

⁵¹ G. Diephuis, *Het Nederlandsch Burgerlijk Regt*, XI, Groningen 1888, 315. Vgl. N.K.F. Land, *Verklaring van het Burgerlijk Wetboek*, V, 86: ‘(..), heeft de koper de zaak terug te geven, met alles wat daarbij behoort.’

⁵² Asser-Kamphuisen, noot 39, 102

⁵³ 22 december 1954, NJ 1955, 473.

geëist, het inmiddels geboren kalf niet terug te geven. De wettelijke regeling over de verborgen gebreken, welke zwijgt over door de koper van het gekochte en door de verkoper van de koopsom genoten vruchten, hield volgens de rechtbank niet in een ongedaan maken in volle omvang van de koop en verkoop. De Hoge Raad en de rechtbank Maastricht oordeelden resp. in 1958 en 1974 later het tegendeel. In het arrest van de Hoge Raad ging het over een ruilvereenkomst met twee drachtige koeien.⁵⁴ In de zaak die aan de rechtbank Maastricht werd voorgelegd ging het om de verkoop van een drachtige merrie met een verborgen gebrek⁵⁵ Het zij opgemerkt dat het in genoemde zaken ging om koop en ruil van drachtige dieren. De koopsom van een drachtig dier zal in de regel hoger zijn dan die van een niet-drachtig dier. Kiest de koper in een dergelijk geval voor de *actio redhibitoria*, dan moet de verkoper hem die hogere koopsom teruggeven. Dientengevolge is het niet onbegrijpelijk dat de koper op zijn beurt met de koe het na de levering geboren kalf aan de verkoper af moet staan.

Hoe te oordelen in het geval het dier na de koop drachtig was geworden? Zou de verkoper dan genoeg hebben moeten nemen met de teruggave van enkel de koe omdat de koper slechts voor de koe had betaald en niet voor de in de toekomst geboren kalveren? Een geval als deze zal zich echter niet snel hebben voorgedaan. Gesteld al dat een paard of koe meteen na het sluiten van de koopovereenkomst drachtig wordt, dan duurt het eerst elf maanden voordat het veulen of het kalf ter wereld komt. Vanwege de korte termijn waarbinnen de actie moest worden ingesteld zal de vraag of ook de vruchten moesten worden teruggegeven zich niet snel hebben voorgedaan. Waar de vraag wel aan de orde kon komen is het geval waarin een huis werd verkocht, dat door de koper vervolgens werd verhuurd. Moest de koper de vruchten, in dit geval de opbrengst van de huur, teruggeven als de koop vanwege een verborgen gebrek werd vernietigd?

In het zojuist genoemde arrest van de Hoge Raad van 1958 deed de eiser, de verkoper, om zijn aanspraak op de vruchten kracht bij te zetten een beroep op de artikelen 634 en 588 lid 2 BW(oud), de regels over het bezit. Genoemde artikelen over het bezit waren geschreven voor het geval waarin de eigenaar de revindicatie instelde tegen de bezitter. In het geval deze bezitter geruime tijd de vruchten had geoogst gaf artikel 634 BW(oud) antwoord op de vraag of de bezitter deze vruchten moest teruggeven. De bezitter te goeder trouw mocht ze houden, die te kwader trouw moest ze afstaan aan de eigenaar.

De gedachtengang bij de toepassing van genoemde artikelen op het geval waarin de overeenkomst met de *actio redhibitoria* vernietigd was, is als volgt. De vernietiging van de overeenkomst had terugwerkende kracht en dientengevolge was de verkoper altijd eigenaar gebleven en was de koper slechts bezitter geweest. Ten gevolge van de zakelijke werking zouden de artikelen 630-636 jo 588 BW(oud) over het bezit van toepassing zijn. Artikel 634 BW(oud) bepaalt, zoals gezegd, dat de bezitter te kwader trouw verplicht is 'om alle de vruchten der opgeëischte zaak met dezelve terug te geven.' Artikel 588 lid 1

⁵⁴ HR 26 januari 1968, NJ 1968 231.

⁵⁵ 21 november 1974, NJ 1976, 391.

BW(oud) bepaalt dat bezit te kwader trouw is, wanneer de bezitter kennis draagt dat de zaak, welke hij bezit, aan hem niet in eigendom toebehoort. Lid 2 bepaalt dat de bezitter geacht wordt te kwader trouw te zijn, van het ogenblik dat een rechtsvordering tegen hem te dier zake is ingesteld, indien het geding te zijnen nadele beslist wordt.

We zullen zien dat het huidige BW de artikelen over het bezit analoog van toepassing verklaart op de ontbinding. Men gaat ervan uit dat deze artikelen onder het oud-BW ook al van toepassing waren bij de vernietiging naar aanleiding van een verborgen gebrek en bij de ontbinding wegens wanprestatie. Zo schrijven Nieuwenhuis c.s. in 'Tekst en Commentaar' op het Nieuw BW: 'een speciale regeling ontbrak (*in het oud-BW [FAJV]*). Ten gevolge van de zakelijke werking waren de art. 630-636 die dezelfde materie regelden rechtstreeks van toepassing.'⁵⁶ Het is echter opmerkelijk dat, voorzover wij dat hebben kunnen nagaan, de literatuur de verborgen gebreken regeling in het oud-BW niet in verband brengt met de genoemde artikelen over het bezit. Andersom echter wel. Daar waar het gaat over het bezit schrijft Asser-Beekhuis dat degene die krachtens een *vernietigbare* titel heeft verkregen, hij nadat de vernietiging is uitgesproken vanaf de verkrijging als te kwader trouw moet worden beschouwd, wanneer hij bij de verkrijging het gebrek kende of had behoren te kennen.⁵⁷ Laten we onze casus als voorbeeld nemen, waarin de koper vernietiging vordert. Werde de koopovereenkomst vernietigd, dan gebeurde dat met terugwerkende kracht, hetgeen, zoals gezegd, betekende dat de verkoper de eigendom nooit had verloren en dat de koper slechts bezitter van de koe was geweest. De koper werd geacht te kwader trouw te zijn geweest indien hij bij de verkrijging het gebrek kende of had behoren te kennen. Was dat laatste het geval, dan werd hij geacht vanaf de verkrijging te kwader trouw te zijn geweest en moest hij het inmiddels geboren kalf teruggeven. Kende hij bij de verkrijging het gebrek niet of behoorde hij het gebrek niet te kennen, dan was hij te goeder trouw en kon hij het kalf behouden.

Het voorgaande roept vraagtekens op. In de eerste plaats is het de vraag of de koper de koopovereenkomst zou hebben gesloten indien hij het gebrek kende. We mogen aannemen van niet. En gesteld dat hij ondanks het gebrek, waarvan hij op de hoogte was of op de hoogte had kunnen zijn, de koopovereenkomst wél had gesloten, dan is het nog maar de vraag of hij nog een beroep op vernietiging kon doen.

Bij de genoemde regels over het bezit denkt men in de eerste plaats aan de bezitter die een goed door een beschikkingsonbevoegde geleverd heeft gekregen. Het criterium om te bepalen of deze bezitter te goeder of te kwader trouw is, is in geval van de vernietiging op grond van een verborgen gebrek hetzelfde als bij de verkrijging van een beschikkingsonbevoegde. In beide gevallen is voor het bestaan van de goede trouw doorslaggevend het antwoord op de vraag of degene die het goed onder zich heeft er rekening mee moet houden dat hij de zaak moet teruggeven. De bezitter te kwader trouw die weet dat hij van een beschikkingsonbevoegde heeft verkregen moet er rekening mee

⁵⁶ Burgerlijk Wetboek, *Tekst en Commentaar*, Deventer 2001, art. 275.

⁵⁷ Asser-Beekhuis, *Zakenrecht, algemeen deel*, Zwolle 1980, 108.

houden dat hij het goed inclusief de vruchten moet teruggeven in tegenstelling tot de bezitter te goeder trouw. Degene nu die een koopovereenkomst sluit en die bij de verkrijging van het goed van het gebrek op de hoogte was of had kunnen zijn houdt er eveneens rekening mee dat hij het goed moet teruggeven in het geval de overeenkomst wordt vernietigd. Net als degene die weet dat hij gekregen heeft van een beschikkingsonbevoegde moet laatstbedoelde het goed inclusief de vruchten teruggeven.

De Hoge Raad, die in 1958 in de zaak over de ruilovereenkomst met twee drachtige koeien oordeelde dat de koper behalve de koopsom ook het inmiddels geboren kalf moest teruggeven, heeft overigens geen overweging gewijd aan het door de verkoper opgeworpen beroep op de bezitsartikelen (634 jo 588 BW), zodat kan worden vermoed dat de Hoge Raad de artikelen niet van toepassing achtte. M.i. terecht. Is in het geval de titel vernietigd wordt voor het antwoord op de vraag of de koper de vruchten moet teruggeven het onderscheid tussen bezit te kwader en te goeder trouw wel op zijn plaats? Degene die vernietigt wil van de zaak af en waarom zou hij - ook al is hij te goeder trouw - de vruchten mogen behouden? Aan hem is de keus gelaten te vernietigen of niet. Vernietigt hij, dan moet hij de consequentie van de vernietiging ook maar aanvaarden en de vruchten teruggeven.

Het ligt evenmin dogmatisch voor de hand om de regels over het bezit toe te passen op degene die heeft verkregen krachtens een vernietigbare titel. In tegenstelling tot degene die verkregen heeft van een beschikkingsonbevoegde en die dientengevolge geen eigenaar, maar bezitter is geworden is degene die een zaak met een gebrek geleverd heeft gekregen gedurende de periode voorafgaande aan de vernietiging altijd eigenaar en bezitter geweest. Voorts is er het volgende verschil. De artikelen 634 jo 588 BW(oud) gaan ervan uit dat de eigenaar een actie instelt tegen de bezitter. Vernietigt de koper de koopovereenkomst vanwege een verborgen gebrek dan is het de koper, de eigenaar én bezitter, die de actie instelt tegen zijn contractspartij.

Een groot nadeel van de toepassing van de regels over bezit te goeder- en te kwader trouw is natuurlijk dat het bewijsproblemen oplevert. Daar komt bij dat het de koper is die de vernietiging vordert. Zou de koper volgens bovengenoemd criterium te goeder trouw zijn geweest, en dus het gebrek niet hebben gekend of hebben kunnen kennen ten tijde van de verkrijging, maar er later achter komen, dan zou hij derhalve kunnen wachten met het instellen van de actie tot vernietiging totdat de zaak vruchten heeft gegeven. Deze vruchten zou hij dan mogen behouden.

Het doorslaggevende argument echter dat de koper, ongeacht de vraag of hij te goeder- of te kwader trouw is, de vruchten moet teruggeven ten slotte is dat vernietiging moet leiden tot het herstel in de oude toestand. Herstel in de oude toestand betekent bijvoorbeeld bij koop, om met de woorden van Ulpianus te spreken, dat alles op zodanige wijze ongedaan moet worden gemaakt, zodat na ontbinding van de koop geen van beiden meer verkrijgt

dan dat zij gehad zouden hebben als de koop niet gesloten was.⁵⁸

Men kan zich afvragen of herstel in de oude toestand wel wordt bereikt als de koper, indien hij te goeder trouw is, de afgescheiden vruchten mag behouden. Was de koop niet gesloten dan zou niet de koper maar de verkoper immers de vruchten hebben gehad. Daarbij komt dat de verkoper de interessen op de koopsom aan de koper verschuldigd is. Ligt het dan ook niet voor de hand dat de koper de vruchten dient terug te geven? We brengen de woorden van Ulpianus in herinnering die de vraag of de koper ook de rente over de koopprijs kon verkrijgen bevestigend beantwoordde op grond van het argument dat de koper zelf de vruchten teruggaf.⁵⁹

Dat de Romeinsrechtelijke regel - de koper moet altijd de vruchten teruggeven - de voorkeur verdient wordt nog duidelijker wanneer we hebben gekeken naar de regeling in ons huidige BW.

Vruchten. BW.

Zoals meermalen is gezegd, is naar huidig recht in het geval van een verborgen gebrek de conformiteitsregeling van toepassing. Bij non-conformiteit kan de koper de overeenkomst ontbinden. Het BW verklaart de regels over bezit te goeder en te kwader trouw uitdrukkelijk analoog van toepassing op de ontbinding. Om onbegrijpelijke redenen is de wetgever ervan uit gegaan dat ook onder het oud-BW de regels over het bezit van toepassing waren bij de verborgen gebrekenregeling. Vanwege de terugwerkende kracht en de zakelijke werking zouden de artikelen 630-636 BW(oud), zoals hierboven al is gezegd, rechtstreeks van toepassing zijn geweest.⁶⁰ Omdat ontbinding naar huidig recht terugwerkende kracht en zakelijke werking ontbeert verklaart de wetgever de artikelen over het bezit analoog van toepassing. Deze analoge toepassing leidt tot ingewikkelde en onbegrijpelijke consequenties. Het huidige recht geeft dus weliswaar een antwoord op de vraag of de koper de afgescheiden vruchten moet teruggeven, maar de regeling waar het antwoord in vervat is, is verre van duidelijk, onnodig ingewikkeld en bovendien ongewenst.

Hoofregel is dat de eigenaar van het goed ex artikel 5:1 lid 3 BW eigenaar wordt van de vruchten. De koper is eigenaar en bezitter van het goed totdat hij gevolg heeft gegeven aan de verbintenis tot ongedaanmaking, dat wil zeggen totdat hij het goed heeft teruggeleverd aan de verkoper. Na teruglevering is hij geen eigenaar meer en heeft dan ook geen recht meer op de vruchten. Het voorgaande betekent dat de schuldeiser van de restitutieverbintenis, de verkoper, zo lang teruggave niet heeft plaatsgehad, geen eigenaar

⁵⁸ D. 21, 1, 23, 1 Ulpianus (*libro primo ad edictum aedilium curulium*) (...), *ut uterque resoluta emptione nihil amplius consequatur, quam non haberet, si venditio facta non esset*. Vgl. D. 21, 1, 60 hierboven noot 17.

⁵⁹ D. 21, 1, 29, 2 Ulpianus (*libro primo ad edictum aedilium curulium*) (...) *an et usuras pretii consequatur, quasi quod sua intersit debeat accipere, maxime cum fructus quoque ipse restituat? et placet consecuturum*.

⁶⁰ Tekst en Commentaar, noot 56, art. 275.

is. De wetgever achtte het echter ongewenst dat de koper ook nadat de ontbinding in rechte was gevorderd als eigenaar nog aanspraak op de vruchten kon maken. Daarom is, aldus de parlementaire geschiedenis, analogie van de artikelen 3:120-124 BW geboden.⁶¹ De Toelichting Meijers zegt hierover het volgende:

‘De toepassing kan slechts een analogische zijn. Immers, de partij die schuldeiser blijkt te zijn, is geen „eigenaar“, haar wederpartij geen „bezitter“, terwijl de prestatie niet noodzakelijkerwijze in het geven van een goed bestaat. Belangrijker is nog, dat de begrippen „goede trouw“ en „kwade trouw“ niet zonder meer op de debiteur van de restitutieverplichting kunnen worden toegepast.’⁶²

Deze toelichting roept vraagtekens op. De partij die schuldeiser van de restitutieverplichting is, is de verkoper. Hij is inderdaad - het is hierboven ook al gezegd - geen eigenaar. Maar is haar wederpartij, de koper, geen bezitter? De koper heeft totdat hij gevolg heeft gegeven aan de restitutieverbintenis en de eigendom heeft teruggeleverd toch niet alleen de eigendom, maar ook het bezit?

Over de vraag wanneer de schuldenaar van de restitutieverplichting, de koper, als bezitter te goeder, dan wel te kwader trouw moet worden behandeld, zegt de Toelichting Meijers het volgende:

‘Weet de schuldenaar dat de ontbinding een feit is, of in rechte is gevorderd, dan staat hij uiteraard gelijk met de bezitter die “door de rechthebbende tot afgifte van het goed is aangemaand”; anderzijds is duidelijk dat de schuldenaar, zolang hij nog niet „redelijkerwijze met ontbinding rekening moest houden“, zeker als een bezitter te goeder trouw moet worden behandeld.’⁶³

Ook dit fragment roept vraagtekens op. Het lijkt erop of de toelichting in deze passage ervan uitgaat dat de schuldeiser, de verkoper, ontbinding vordert en dat het voor de vraag of de koper als te kwader of te goeder trouw te boek staat doorslaggevend is of hij, de koper, rekening moet houden met ontbinding op initiatief van de verkoper. In ons geval en in de meeste gevallen van non-conformiteit zal het echter de koper zijn die ontbinding vordert en zal het van hem afhangen of de overeenkomst wordt ontbonden of niet. Hij is dan ook de eerste die weet of er ontbonden gaat worden.

Hoe het ook zij, het resultaat is uiteindelijk dat artikel 6:275 BW de artikelen 3:120-124 BW van overeenkomstige toepassing verklaart. Krachtens art. 3:120 lid 1 BW ‘behoren aan de bezitter te goeder trouw de afgescheiden natuurlijke en de opeisbaar geworden burgerlijke vruchten toe’. Een bezitter te kwader trouw is volgens artikel 3:121 lid 1 BW ‘jegens de rechthebbende behalve tot afgifte van het goed ook verplicht tot het afgeven van de afgescheiden natuurlijke en de opeisbaar geworden burgerlijke vruchten, (..).’

⁶¹ TM, Parl. Gesch. 6, 1034.

⁶² TM, Parl. Gesch. 6, 1034.

⁶³ TM, Parl. Gesch. 6, 1034.

Artikel 3:121 lid 3 BW nu bepaalt dat hetgeen voor de bezitter te kwader trouw is gezegd ook van toepassing is op de bezitter te goeder trouw ‘vanaf het tijdstip waarop de rechthebbende zijn recht tegen hem heeft ingeroepen’. Hieruit vloeit, aldus Hartlief, voort ‘dat de ontvanger van een zaak die deze moet restitueren, *gelijk staat met* de bezitter niet te goeder trouw nadat de ontbinding is verklaard of gevorderd; daarvóór staat hij gelijk met een bezitter te goeder trouw’.⁶⁴ Het voorgaande betekent dus niet dat de ontvanger die te goeder trouw het goed heeft ontvangen nadat ontbinding is verklaard of gevorderd te kwader trouw *zou zijn geworden* en diensgevolge zijn recht op de vruchten niet kan blijven behouden, omdat hij dan weet dat niet hij ‘maar een ander rechthebbende is’.⁶⁵ Nadat ontbinding is verklaard of gevorderd is hij dus nog steeds te goeder trouw, maar wordt hij *gelijkelijk behandeld* als een bezitter te kwader trouw.⁶⁶

Het voorgaande doet vermoeden dat deze bezitter de vruchten moet teruggeven die zijn afgescheiden nadat ontbinding is verklaard of gevorderd. De vruchten die zijn afgescheiden voordat ontbinding is verklaard of gevorderd mag hij behouden. Artikel 121 lid 3 BW lijkt er volgens Hartlief immers van uit te gaan dat het moment dat ontbinding verklaard of gevorderd is doorslaggevend is.

Is deze uitleg overeenkomstig de bedoeling van de wetgever indien de koper ontbinding vordert? In het geval de verkochte zaak een verborgen gebrek heeft hangt het, zoals gezegd, van de koper af of, en zo ja, wanneer hij ontbinding vordert. Laten we de volgende casus als voorbeeld nemen. A koopt een huis van B. Na de levering verhuurt A het huis en geniet hij huuropbrengst. Het huis lijdt ten tijde van het totstandkomen van de koopovereenkomst aan een verborgen gebrek. A weet dat niet en had dat toen ook niet kunnen weten, maar komt daar later achter. A wil van de koop af en vordert ontbinding. Het rechtsgevolg zou dan niet alleen zijn dat A het huis moet terugleveren aan B, maar ook dat A de inmiddels verworven huuropbrengst mag houden. De vruchten die zijn afgescheiden voordat A ontbinding vordert behoren A toe. A was immers te goeder trouw en wordt pas gelijkelijk behandeld als een bezitter te kwader trouw nadat ontbinding is verklaard of gevorderd. A kan derhalve tot het laatste moment wachten met de vordering tot ontbinding en op deze wijze nog van de huuropbrengst profiteren.

⁶⁴ Hartlief, noot 26, 24; Bakels, noot 26, 410; Asser-Hartkamp, noot 26, 561. A. Pitlo-W.H.M. Reehuis, *Goederenrecht*, Deventer 2006, nr 393 e.v. Vgl. Tekst en Commentaar, noot 56, art. 3:121 BW.

⁶⁵ Artikel 3:118 BW bepaalt immers dat als een bezitter bij de verkrijging te goeder trouw is, hij geacht wordt dit te blijven. Het Romeinse adagium *mala fides superveniens non nocet*, later opkomende kwade trouw schaadt niet, geldt ook naar huidig recht. De bezitter die op het moment van de bezitsverkrijging te goeder trouw is blijft te goeder trouw. Voor enige bepaalde rechtsgevolgen, aldus de Toelichting Meijers, wordt wel waarde gehecht aan ontdekkingen van de bezitter die mogelijk alsnog afbreuk doen aan zijn subjectieve goede trouw. Artikel 3: 121 lid 3 BW is hier een voorbeeld van. TM, Parl. Gesch. 3, 444.

⁶⁶ ‘Alleen met betrekking tot de in het artikel geregelde onderwerpen wordt de bezitter te goeder trouw gelijkgesteld met een bezitter niet te goeder trouw. Zijn bezit blijft overigens te goeder trouw, zodat hem een beroep op verjaring kan toekomen.’ TM, Parl. Gesch., 3, 451; Tekst en Commentaar, noot 56, Art. 3:121 lid3.

Dit laatste nu is niet overeenkomstig de bedoeling van de wetgever. We hebben zojuist gelezen dat de wetgever de schuldenaar (dat wil zeggen in dit geval, de koper) als bezitter te goeder trouw behandelt ‘zolang hij nog niet redelijkerwijs met ontbinding rekening moest houden.’ Over de vraag wanneer de koper met de bezitter te kwader trouw moet worden gelijkgesteld laat de wetgever zich uit in artikel 3: 121 BW:

‘Echter, ook als hij wèl met de mogelijkheid van ontbinding rekening moet houden in de zin van artikel 16 (art. 6:273 BW), is er nog geen reden, hem met een bezitter te kwader trouw gelijk te stellen; dit is pas gerechtvaardigd als de ontbinding in die mate waarschijnlijk is, dat de debiteur onder de werking van artikel 17 (art. 6:274 BW) zou vallen, indien hij de prestatie op dat ogenblik zonder waarschuwing in ontvangst zou nemen.’⁶⁷

Op grond van artt. 6:273 jo 7:10 lid 4 BW is de partij die de prestatie heeft ontvangen vanaf het moment dat zij redelijkerwijze met een ontbinding rekening moest houden, verplicht er als een zorgvuldig schuldenaar zorg voor te dragen dat de ingevolge die ontbinding verschuldigde ongedaanmaking van de prestatie mogelijk zal zijn. En krachtens artikel 6:274 BW wordt een partij die in weerwil van een dreigende ontbinding te kwader trouw een prestatie heeft ontvangen na de ontbinding geacht in verzuim te zijn geweest vanaf de ontvangst van de prestatie. Laatstgenoemd artikel bewerkt dat bij ontvangst de regels betreffende het verzuim reeds zijn ingegaan voordat de ongedaanmakingsverbintenis is ontstaan. Degene die een prestatie in ontvangst neemt terwijl hij weet of vermoedt dat ontbinding zal volgen is te kwader trouw.⁶⁸

Hoewel de artikelen 6:273 en 274 BW ook in de eerste plaats geschreven lijken te zijn voor het geval de verkoper ontbinding vordert valt er uit af te leiden wat de wetgever onder het begrip ‘kwade trouw’ in artikel 3:121 BW bedoelt. ‘Als de ontbinding in die mate waarschijnlijk is’, dan wordt hij gelijkgesteld met de bezitter te kwader trouw. We passen het voorgaande toe op de casus waarin de koper (A) een zaak met een verborgen gebrek geleverd heeft gekregen. De koper is gelijk te stellen met een bezitter te kwader trouw op het moment dat de ontbinding waarschijnlijk is. Wanneer is de ontbinding waarschijnlijk? Ik zou menen, op het moment dat de koper het gebrek heeft ontdekt of heeft kunnen ontdekken. De voor dat moment reeds afgescheiden vruchten mag hij behouden, de daarna afgescheiden vruchten moet hij teruggeven.

Het is duidelijk dat de hierboven geschetste oplossing bewijsproblemen oplevert. De koper zal immers altijd beweren dat hij het gebrek ontdekt heeft of heeft kunnen ontdekken nadat de vruchten zijn afgescheiden. Hij zal tot het laatste moment kunnen wachten met ontbinden. Voor het overige geldt hier over de toepassing van de regels over bezit bij de ontbinding hetzelfde als hierboven is gezegd bij toepassing van die regels bij vernietiging onder het oud-BW.

⁶⁷ TM, Parl. Gesch. 6, 1034.

⁶⁸ Tekst en Commentaar, noot 56, art. 6:274 BW.

DE 'SWART GERIMDE KOE'

Is in deze het maken van een onderscheid tussen bezit te kwader en te goeder trouw wel op zijn plaats? Degene die ontbindt vanwege non-conformiteit wil van de zaak af en waarom zou hij - ook al is hij te goeder trouw - de vruchten mogen behouden? Hij heeft de keus: ontbinden of niet. Ontbindt hij de overeenkomst, dan moet hij de consequentie van de ontbinding ook maar aanvaarden en de vruchten teruggeven.

Er wordt evenwel in het BW bij het bepalen van de hoogte van de kosten die de koper inmiddels met betrekking tot het goed heeft gemaakt⁶⁹ rekening gehouden met de vruchten die de koper heeft genoten. De reden dat er rekening wordt gehouden met de vruchten is dat de koper niet onbillijk mag worden beoordeeld. Dezelfde billijkheid nu is de grondslag van de ontbindingsbevoegdheid ex artikel 6:271 BW:

‘Men zou de grondslag van artikel 6:271 BW aldus kunnen aanduiden dat bij het aangaan van wederzijdse overeenkomsten de partijen, overeenkomstig de regel *do ut des*, een band leggen tussen de beide prestaties over en weer, zodat het in strijd zou zijn met de billijkheid, de gerechtigheid en moraal tevens, indien de ene partij de haar toegezegde prestatie behoudt of verkrijgt zonder harerzijds te presteren wat zij in ruil daarvoor had toegezegd.’⁷⁰

Uit deze mooie woorden blijkt dat ook het huidige recht ervan uit lijkt te gaan dat de ontbinding moet leiden tot het herstel in de oude toestand. Herstel in de oude toestand na de ontbinding van bijvoorbeeld een koopovereenkomst betekent - Ulpianus zei het al - dat alles op zodanige wijze ongedaan moet worden gemaakt, zodat na ontbinding van de koop geen van beiden meer verkrijgt dan dat zij gehad zouden hebben als de koop niet gesloten was.⁷¹

Herstel in de oude toestand wordt niet bereikt als de koper, ook al is hij bezitter te goeder

⁶⁹ Over de kosten die de bezitter met betrekking tot het goed heeft gemaakt kan het volgende gezegd worden. De wet bepaalt niets over de door de koper gemaakte kosten indien de zaak teniet is gegaan, maar we mogen aannemen dat de regels die geschreven zijn voor het geval de zaak nog bestaat ook gelden in het geval de zaak door het gebrek verloren is gegaan. De artikelen 3:120 en 121 BW zijn wederom van overeenkomstige toepassing. Als de ‘rechthebbende’, de verkoper, het goed opeist van de koper, de bezitter te goeder trouw, of het van deze terug heeft ontvangen, is hij op grond van artikel 3:120 lid 2 BW verplicht de kosten gemaakt ten behoeve van het goed te vergoeden, voorzover de bezitter niet door *de vruchten* van het goed en de overige voordelen die hij ter zake heeft genoten, voor het een en ander is schadeloos gesteld. De rechter kan de verschuldigde vergoeding beperken, indien volledige vergoeding zou leiden tot onbillijke bevoordeling van de bezitter jegens de rechthebbende. De bezitter te kwader trouw heeft ex artikel 3:121 lid 2 BW alleen een vordering tot vergoeding van de genoemde kosten tegen de rechthebbende, voor zover hij deze vergoeding van de rechthebbende kan vorderen op grond van het bepaalde omtrent ongerechtvaardigde verrijking. Kortom, ‘zowel de bezitter te goeder- als de bezitter te kwader trouw heeft dus recht op vergoeding van de ten behoeve van het ontvangen goed gemaakte kosten, bij kwade trouw binnen de grenzen van de ongerechtvaardigde verrijking.’ Tekst en Commentaar, noot 56, art. 6:275 BW.

⁷⁰ Asser-Hartkamp, *Algemene leer der overeenkomsten*, noot 26, 535.

⁷¹ D. 21, 1, 23, 1 Ulpianus (*libro primo ad edictum aedilium curulium*) (...), *ut uterque resoluta emptione nihil amplius consequatur, quam non haberet, si venditio facta non esset*. Vgl. D. 21, 1, 60 hierboven noot 17.

trouw, de afgescheiden vruchten mag behouden. Was de koop niet gesloten - het is hierboven al gezegd - dan zou niet de koper maar de verkoper immers de vruchten hebben gehad.

Conclusie

Of de koper de afgescheiden vruchten moet teruggeven wanneer de overeenkomst vanwege non-conformiteit ontbonden wordt, hangt in het huidige recht af van het antwoord op de vraag of de koper bezitter te kwader- of te goeder trouw is. Analoge toepassing van de regels over het bezit op het geval waarin een overeenkomst door de koper wegens non-conformiteit ontbonden wordt, is echter zowel gekunsteld als onnodig ingewikkeld en ongewenst. Toepassing van het onderscheid tussen bezit te goeder- en te kwader trouw levert bewijsproblemen op. De Romeinsrechtelijke regel dat de koper hoe dan ook de vruchten moet teruggeven is niet alleen praktischer, maar leidt ook tot herstel in de oude toestand, hetgeen doel is van de ontbinding. Waarschijnlijk heeft de Romeinsrechtelijke regel altijd hier te lande gegolden en werd de regel ook in de rechtspraktijk toegepast totdat een partij in 1958 voor de Hoge Raad een beroep deed op de regels over het bezit. Hoewel de Hoge Raad zich niet over mogelijke toepassing heeft uitgesproken en oordeelde dat de koper de vruchten moest teruggeven is het beroep op toepassing van de bezitsregels op degene die verkreeg krachtens een vernietigbare titel een eigen leven gaan leiden. Het voorgaande heeft er mogelijk toe geleid dat de wetgever bij het maken van het BW ervan uit is gegaan dat het buiten kijf was dat deze regels ook al onder het oud-BW bij de vernietiging golden. Dientengevolge heeft hij de bezitsregels analoog van toepassing verklaard op de ontbinding. Het ware beter geweest als hij eerst een duik in de rechtsgeschiedenis had genomen en naar de woorden van Ulpianus en Dernburg had geluisterd.